

University of Groningen

TBS en levenslang

van Hattum, W.F.

Published in:
Liber Amicorum Prof. dr. A. Mooij, Vrijheid en Verlangen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

Publication date:
2009

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van Hattum, W. F. (2009). TBS en levenslang: De marge van de strafrechter en de rol van de deskundige, naar aanleiding van de strafzaak tegen Julien C. In F. Koenraadt, & I. Weijers (editors), *Liber Amicorum Prof. dr. A. Mooij, Vrijheid en Verlangen* (blz. 125-149). Boom Juridische uitgevers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Gepubliceerd in: *Vrijheid en verlangen, Liber amicorum prof. dr. Antoine Mooij*, (F. Koenraadt en I. Weijers red.), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 125 -149.

TBS of levenslang; de marge van de strafrechter en de rol van de deskundige

Een beschouwing naar aanleiding van de strafzaak tegen Juliën C.

Wiene van Hattum

Juliën C.

Op 1 december 2006 werd in Hoogerheide een achtjarig jongetje dood aangetroffen in het klaslokaal van zijn school. Het jongetje was met messteken in de nek en de hals om het leven gebracht. De verdenking ging uit naar Juliën C., de toen 22-jarige halfbroer van een klasgenootje van het slachtoffer. Juliën was kort tevoren in de school gesignaleerd. Hij was voorts gezien toen hij ongeveer een kwartier later een vuilniszak met - naar later bleek - bebloede kleding, een horloge en een schoongewassen mes naar het bos in de buurt had gebracht en daar had achtergelaten. Ook was hij gezien toen hij - weer iets later - op de hoek van de straat kledingstukken in een afvalbak deed. Het bloed op de kleding in de vuilniszak in het bos was van het slachtoffertje, de kleding zelf en het horloge bleken te behoren aan Juliën, het mes kwam uit het huis van de moeder van Juliën en werd sinds 1 december vermist. Ook de kledingstukken in de afvalbak behoorden aan Juliën. Er zaten bloedsporen op van zowel het slachtoffertje als van Juliën zelf. Ten slotte werd ook in het huis van zijn moeder en stiefvader, waar Juliën die ochtend was geweest, bloed van het slachtoffertje aangetroffen.¹ Juliën werd diezelfde dag als verdachte aangehouden. Hij ontkende het delict. Drie anderen, bekenden van Juliën, zouden het slachtoffertje hebben gedood in de veronderstelling dat het Juliëns halfbroertje was. Deze mannen zouden Juliën hebben willen afpersen en hem tot tweemaal toe hebben gedwongen zijn kleren te wisselen. Juliëns verklaring overtuigde de rechter niet. Bovendien konden de door de verdachte genoemde personen aantonen dat zij op het betreffende tijdstip niet in Hoogerheide waren geweest. Juliën kreeg voor zijn daad een levenslange gevangenisstraf.²

Levenslange gevangenisstraf ter beveiliging

Levenslang is al een poosje geen opzienbarende straf meer. Sinds 1990, dus in achttien jaar tijd, is de straf aan circa 35 personen opgelegd. Dat is een spectaculaire stijging ten opzichte van de jaren ervoor. Ter vergelijking: in de periode van 1889 tot 1963, een periode dus van 74 jaar, werd de straf in totaal 47 maal opgelegd en tussen 1945 en 1990, een periode van 45 jaar, slechts ongeveer zevenmaal.³ In vergelijking met de periode vóór de oorlog is dat gemiddeld driemaal zoveel, in vergelijking met de periode na de oorlog tot 1990 zelfs twaalf maal zoveel. De oplegging van levenslang kan gezien worden als een trend en hangt samen met het punitieve klimaat dat ons land in de greep houdt. Hoewel 'alles went', kan men zich nog wel verwonderen. Zeker in dit geval,

¹ De feiten zijn ontleend aan het vonnis van de Rechtbank Breda, van 6 september 2007, *LJN* BB3032, met uitzondering van de gegevens over het mes en het horloge, welke zijn ontleend aan het arrest in hoger beroep.

² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 februari 2008, *LJN* BC5105. Dit arrest is nog niet onherroepelijk.

³ Zie voor een overzicht Van Hattum 2005, p. 232 en p. 236 e.v.

waarin de verdachte de indruk maakte ‘ze niet allemaal op een rijtje te hebben’, nog jong was en toch de langst mogelijke straf kreeg. Volgens de krantenberichten⁴ ‘viel hij iedereen op’. Het gedrag van Juliën werd door mensen die hem van nabij hadden meegemaakt - klasgenoten en docenten - omschreven als ‘gestoord’ en Juliën zelf als ‘totaal verknipt’. Hij zou er ‘idiotie’ en ‘bizarre’ ideeën op na houden en die bovendien met verve verdedigen. Hij ‘spoorde niet.’⁵ De advocaat die hem in de dagen direct na zijn aanhouding bijstond, gebruikte eveneens het adjectief ‘bizar’, en wel in verband met het door de verdachte opgegeven alibi.⁶ Juliën weigerde echter het onderzoek in het Pieter Baan-Centrum (PBC).

Bizar waren niet alleen het verhaal en de daad van Juliën maar dat was ook het procesverloop: Juliën ‘versleet’ vier raadslieden en voerde uiteindelijk zelf - op juridisch onbeholpen wijze - zijn verdediging in hoger beroep. En hoewel het feit zonder meer als uiterst ernstig is te beschouwen, kwam de levenslange straf toch als een verrassing. Het openbaar ministerie (OM) had immers in beide instanties een tijdelijke gevangenisstraf in combinatie met de maatregel terbeschikkingstelling (TBS) gevorderd en de rechtbank had die eis, met de oplegging van een straf/maatregel-pakket van twaalf jaar en TBS, in belangrijke mate gevolgd. De wijziging van dit sanctiepakket in een enkele straf had te maken met een verschil in oordeel over het bestaan van een stoornis bij de verdachte: de rechter in eerste aanleg achtte zich in staat een stoornis vast te stellen, de rechter in hoger beroep niet. Het meest verwonderlijke is echter dat de straf door het Hof ondanks de inadequate verdediging en de overvloedige aanwijzingen voor een mogelijke stoornis werd verhoogd van twaalf jaar naar levenslang. Deze verhoging kan weliswaar voor een deel worden verklaard uit de door het Hof gegeven kwalificatie aan het delict, namelijk moord (waar de rechtbank doodslag bewezen achtte) maar de belangrijkste verklaring voor de enorme strafverzwaring is dat het Hof, omdat het meende geen TBS te kunnen opleggen, aangewezen was op gevangenisstraf en met alleen een tijdelijke gevangenisstraf meende niet te kunnen volstaan. Deze keuze werd voornamelijk gedragen door de vaststelling van het Hof dat nu de verdachte geen enkel inzicht had gegeven in zijn beweegredenen en het dus volstrekt onduidelijk was waarom hij zijn daad had begaan het ervoor gehouden moest worden dat hij in staat was het nog eens te doen.⁷ Instrumenteel gezien - de straf als middel tot beveiliging - maakt de door het Hof aan de handelingen van Juliën gegeven kwalificatie overigens wel het hele verschil, want voor moord kan levenslang worden opgelegd en voor eenvoudige⁸ doodslag niet. De straf zou met andere woorden haar voortdurend karakter en dus haar absoluut beveiligende werking ontberen als het Hof het feit niet als moord maar ‘slechts’ als doodslag had kunnen kwalificeren.

⁴ Alle in deze bijdrage aangehaalde krantenberichten zijn terug te vinden op de website van J.C. Swaen, <www.blikopdewereld.nl/>.

⁵ P. de Knecht en A. Veldhuijzen, *AD* 7 december 2006.

⁶ P. de Knecht en A. Veldhuijzen, *AD* 3 december 2006. Hierover werd de advocaat overigens later door zijn confrère Spong ‘gekapitteld’, *ANP* 4 januari 2007.

⁷ Gerechtshof onder I.3 jo. I.2.

⁸ Ter onderscheiding van gekwalificeerde doodslag, dat is doodslag gepleegd om een strafbaar feit voor te bereiden, gemakkelijk te maken of om nadien te kunnen ontsnappen etc. (art. 288 Sr). Omdat hier niet direct aanwijzingen zijn voor die verhogende omstandigheden laat ik deze optie onbesproken.

De zaak is op het moment van dit schrijven nog in cassatie en laat zich dus niet gebruiken als kapstok voor conclusies over de mogelijkheden en onmogelijkheden van oplegging van TBS en levenslange gevangenisstraf. Wel leent hij zich voor enkele opmerkingen over de randvoorwaarden voor de oplegging van deze sancties en de rol van de rechter en de deskundige daarin. Beide sancties zijn ultiem, omdat zij kunnen duren tot de dood erop volgt. Op voorhand kan niet worden gezegd welke uiteindelijk zwaarder zal blijken te zijn.⁹ Wel staat vast dat zij van karakter verschillen en dat de verdachte in het geval van TBS een toekomst tegemoet gaat waarin is gewaarborgd dat vanaf het einde van de tenuitvoerlegging van de tijdelijke gevangenisstraf zijn terugkeer naar de maatschappij met regelmatige tussenpozen ambtshalve wordt overwogen en alleen nog afhankelijk mag worden gesteld van zijn delictgevaarlijkheid terwijl in geval van levenslange gevangenisstraf zijn rechtspositie beduidend minder goed geregeld is. Dan ontbreekt namelijk deze ambtshalve toets. En ook ontbreekt daarin het recht op een behandeling, want tijdens de detentie wordt er door de tenuitvoerlegger van uitgegaan dat de straf ‘geen perspectief biedt op vrijlating’ en wordt een behandeling daarom ‘niet geïndiceerd geacht’.¹⁰ Het verschil in gevolgen voor de veroordeelde is dus bijzonder groot.

Vragen bij het arrest van het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch

De afweging van het Hof roept in hoofdzaak twee vragen op. De eerste is die naar de ruimte van de strafrechter om in een geval als het onderhavige zelf een stoornis vast te stellen, met als doel voor zichzelf de keuze tussen de oplegging van TBS of een lange, zelfs levenslange, gevangenisstraf open te houden. Maakt hij zich, als hij dat doet, schuldig aan ‘dokterje spelen’, zoals advocaat Spong beweerde?¹¹ Deze vraag raakt de verhouding tussen gevangenisstraf en TBS en het duale systeem van ons sanctiestelsel. De tweede vraag betreft de oplegging van een levenslange gevangenisstraf. De vraag is of het niet gewenst is - gelet op het ultieme karakter van de sanctie - dat de oplegging van een levenslange gevangenisstraf - net als de oplegging van TBS - afhankelijk wordt gesteld van extra procedurele waarborgen.

In deze bijdrage zal ik de eerste vraag het uitvoerigste behandelen. Daarbij zal ik regelmatig verwijzen naar het werk van Antoine Mooij. Want als er iemand is geweest die de vragen over de verhouding tussen psychiatrie en strafrecht heeft beschreven en daarbij naar synthese heeft gezocht, is het Antoine Mooij. Zijn opmerkingen zijn mij bij het schrijven van dit essay dan ook zeer behulpzaam geweest. Die opmerkingen ontleen ik overigens in hoofdzaak aan zijn bijdragen aan de reeks Ontmoetingen, de voordrachtenreeks van het Lutje PJG,¹² een reeks die op initiatief van Antoine tot stand kwam.¹³ Na de behandeling van de vragen zal worden onderzocht of de afweging die het

⁹ Zowel op de tenuitvoerlegging van de TBS als op de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf bestaat forse kritiek; voor wat betreft de TBS zie J. Knoester in *NRC* 13 juli 2008, voor wat betreft de levenslange gevangenisstraf zie verderop in dit artikel.

¹⁰ Ontleend aan rapportages van het PSC opgenomen in het rapport van het PBC d.d. 12 augustus 1999 inzake de tot levenslange gevangenisstraf veroordeelde C.Y., p. 7-9, zie Van Hattum 2006, p. 771.

¹¹ *Algemeen Dagblad* 6 december 2007.

¹² Het Lutje (Gronings voor ‘klein’) Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap te Groningen, waarvan Antoine Mooij van 1994 tot 2006 ‘voorzitter a.i.’ is geweest.

¹³ Het eerste deeltje van *Ontmoetingen, Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*, RUG-Groningen en APZ-Drenthe 1995, bevat twee artikelen over onderhavig onderwerp. Het

Gerechtshof in deze zaak heeft gemaakt, nog steeds verwondering wekt. Ik zal eindigen met enkele concluderende opmerkingen ten aanzien van de gesignaleerde onvolkomenheden in ons sanctiestelsel.

Opmerking vooraf over ons duale sanctiestelsel en de inwisselbaarheid van gevangenisstraf en TBS

Alvorens de vraag te beantwoorden naar de ruimte van de strafrechter, sta ik stil bij de verhouding tussen de oplegging van een gevangenisstraf en de oplegging van TBS. De sancties vertegenwoordigen de twee polen van het in ons sanctierecht gehanteerde duale stelsel bestaande uit straffen en maatregelen. De gevangenisstraf is een straf, die in de eerste plaats dient om leed toe te voegen en de TBS is een maatregel, die in de eerste plaats dient om de maatschappij tegen de gevaarlijkheid van de veroordeelde te beschermen. De maatregel, die niet is bedoeld om leed toe te voegen, duurt slechts zolang de beveiliging van de maatschappij noodzakelijk is. In de praktijk worden deze sancties echter ondanks hun verschil in karakter toegepast als elkaars complement; als waren het communicerende vaten. De hier besproken zaak is een voorbeeld van deze inwisseling. Een lange gevangenisstraf (al dan niet gecombineerd met TBS) mag ondanks de zeer verminderde toerekeningsvatbaarheid worden opgelegd uit oogpunt van beveiliging als de rechter niet veel vertrouwen heeft in de tenuitvoerlegging van de TBS,¹⁴ of als er geen mogelijkheid tot gedwongen verpleging is. De Hoge Raad sanctioneert deze praktijk o.a. met de overweging dat in ons recht geen steun is te vinden voor de stelling dat de straf niet zwaarder mag zijn dan de schuld.¹⁵ Hetzelfde geldt indien de rechter geen stoornis kan vaststellen wegens weigering van medewerking van de verdachte, zoals in onderhavige zaak. Deze benadering hangt samen met het door de wetgever gekozen uitgangspunt de intieme levenssfeer van de verdachte ongestoord te laten als hij zich tegen een onderzoek naar zijn geestvermogens verzet. Uitgangspunt is de respectering van de uitoefening van het grondrecht op privacy en, voeg ik toe, dus van de (veronderstelde) handelingsvrijheid c.q. -bekwaamheid van de verdachte. Hier doorheen speelt tevens de waarborging van het recht van elke verdachte om niet te hoeven meewerken aan zijn eigen strafproces. Ook in de literatuur geldt de respectering van deze rechten als uitgangspunt.¹⁶ Dat betekent dat wanneer de strafrechter niet in staat is een stoornis vast te stellen als gevolg van een weigering van de verdachte om inzicht te geven in zijn beweegredenen en zich daarbij aan een psychiatrisch en / of psychologisch

zijn de bewerkingen van twee inleidingen van Antoine Mooij en Leo Meijers, gehouden ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van het Lutje PJG op 16 oktober 1990, resp. Mooij, 'TBS en Rapportage pro Justitia. Een historische beschouwing' en Meijers, 'Een voorlopige oplossing. Enkele notities bij de wet van 15 december 1993 (S. 1994.13)'. De andere artikelen van Antoine die ik zal aanhalen, zijn: Mooij, 'De verhouding tussen psychiatrie en (straf) recht' in: *Ontmoetingen* 2000, 'De vraag naar de toerekeningsvatbaarheid', in: *Ontmoetingen* 2005. De bijdragen aan deze bundeltjes zijn behalve in tijdschriftvorm ook elektronisch gepubliceerd op <http://rechten.eldoc.ub.rug.nl/departments/Tijdschriften/Ontmoetingen/>

¹⁴ HR 10 september 1957, *NJ* 1958/5 m.nt. W.P (Zwarte ruiter), en recenter HR 22 maart 2005 *LJN* AS5881 (Van E.)

¹⁵ HR 24 juli 1967, *NJ* 1969/63 (Amok op de Antillen). Volgens het deskundigenrapport kon het delict slechts in zeer geringe mate aan de verdachte worden toegerekend. Desondanks werd 15 jaar gevangenisstraf opgelegd. De reden was dat een gedwongen verpleging niet tot de sanctiemogelijkheden behoorde wegens afwezigheid van een 'psychopathenasyl' op de Nederlandse Antillen.

¹⁶ Mooij 1995, Meijers 1995, Bakker 1993, p. 96, Van de Pol 1993, p. 103; Oei 2005, onder 4.2.

onderzoek te onderwerpen, daarvan de consequentie kan zijn dat een lange gevangenisstraf wordt opgelegd. Meijers noemde die consequentie ‘bizar maar onvermijdelijk’.¹⁷ Bizar, omdat in een dergelijk geval een lange gevangenisstraf wordt opgelegd, ook indien sprake zou kunnen zijn van een stoornis en van verminderde toerekening. Nergens in de literatuur of in de wetsgeschiedenis ben ik echter een voorstelling van zaken tegengekomen dat in een dergelijke situatie de optie van TBS wordt ingeruild tegen een levenslange gevangenisstraf. Dit is toe te schrijven aan het feit dat ten tijde van de discussie over de medewerking van de verdachte de frequente oplegging van de levenslange gevangenisstraf niet aan de orde was. Zij speelde in die beschouwingen daarom geen rol. Uit de doctrine kan dus niet worden afgeleid dat oplegging van een levenslange in ruil voor de oplegging van TBS als gevolg van een weigering mee te werken aan een onderzoek, aanvaardbaar wordt geacht. Het nieuwe strafklimaat, met de grotere mogelijkheid van een levenslange gevangenisstraf, werpt kortom nieuwe vragen op. Tijdelijke en levenslange gevangenisstraf zijn namelijk onvergelykbare grootheden. Bij de huidige stand van wetgeving is de tijdelijke gevangenisstraf maximaal 30 jaar. Rekening houdend met de reële kans dat VI zal worden verleend,¹⁸ is bij oplegging van tijdelijke gevangenisstraf een invrijheidstelling na maximaal 20 jaar te verwachten.¹⁹ Bij een levenslange gevangenisstraf bestaat een reële kans op invrijheidstelling niet. Daarom wordt in de verbetering van de psychische gezondheidstoestand van de tot levenslange straf veroordeelde in beginsel niet geïnvesteerd.

Kortom, de praktijk van inwisselbaarheid van gevangenisstraf en TBS staat weliswaar haaks op ons duale sanctiestelsel, maar wordt gezien als een aanvaardbaar compromis tussen enerzijds de beveiliging van de maatschappij en anderzijds het respect voor de intieme levenssfeer van het individu en zijn recht om niet mee te werken aan zijn strafproces. Met dit compromis kan men leven. Minder goed verdedigbaar is het compromis als de *levenslange* gevangenisstraf de plaats inneemt van TBS. De reden daarvoor is dat beide sancties een zodanig verschillend karakter hebben dat zij niet tegen elkaar kunnen worden ingeruild.²⁰ Dit standpunt ligt aan de basis van mijn verdere beschouwingen.

De eerste vraag: die naar de ruimte van de rechter om zelf een stoornis vast te stellen

De vraag naar de manoeuvreerruimte van de strafrechter om - bij gebrek aan een gedragskundig onderzoek naar de psychische gesteldheid van de verdachte - zelfstandig de vraag te beantwoorden of er ten tijde van het delict sprake was van een stoornis, is aan de orde geweest in jurisprudentie²¹ en literatuur²² en heeft aandacht gekregen in het

¹⁷ Bakker 1993, p. 100, Van de Pol 1993, p. 110, Meijers 1995, p. 38.

¹⁸ Per 1 juli 2008 is de automatische Vervroegde Invrijheidstelling (terug)gewijzigd in een Voorwaardelijke Invrijheidstelling en is de VI-datum niet meer zo stellig als die tot voor kort was.

¹⁹ Dat is nog steeds veel langer dan de gemiddelde intramurale duur van een TBS, die in 2007 92 maanden bedroeg.

²⁰ Om deze reden kunnen de beide sancties ook geen deel uitmaken van één en hetzelfde sanctiepakket, HR 14 maart 2006, *LJN* AU5496 (Lucia de B.).

²¹ HR 9 januari 2001, *NJ* 2001/112, en de conclusie van AG Keijzer.

²² Zie noot 16.

Kamerdebat dat leidde tot de zgn. Reparatiwet 1994.²³ Deze wet had ten doel de Wet-herziening TBR van 1988²⁴ op onder meer dit punt te amenderen. Gezien deze historie dient de door mij opgeworpen vraag dan ook in de eerste plaats vanuit de geschiedenis van de wet en de wettekst zelf te worden beantwoord.

De wetsgeschiedenis inzake verplichte voorlichting

Bij de herziening van de TBR in 1988 werd als extra waarborg tegen al te lichtvaardige oplegging van de maatregel het vereiste van gedragskundige voorlichtingsrapportages ingevoerd.²⁵ In deze wetgeving was echter onvoldoende rekening gehouden met de consequenties indien verdachten zouden weigeren hun medewerking aan die rapportages te geven. Zij kregen hiermee een bijna absoluut blokkaderecht in handen. Het begrip ‘weigerende observandus’ ontstond. De herziening - die al sedert begin jaren zestig van de vorige eeuw in de maak was en in zekere zin dus nog een product was van het rechten- en waarborgen-klimaat van de jaren zestig en zeventig -²⁶ helde over naar de waarborgen voor de verdachte en was in dit opzicht enigszins onevenwichtig. Mooij waarschuwde dat die rechtsbescherming de grondgedachte van het stelsel van straf en maatregel op het spel zou zetten.²⁷ In 1994 werd het effect van een weigering afgezwakt en het evenwicht daardoor in belangrijke mate hersteld. Geen ‘reparatie’ maar een kardinale ingreep. Immers werd - in de woorden van Mooij - ‘de kern uit de oorspronkelijke wet gehaald’.²⁸ Ook Bakker noemde de wijziging ‘een zeer fundamentele’ en ‘ingrijpende’ wijziging gezien de rechtsbescherming van de verdachte.²⁹ De wet bood vanaf 1994 de uitweg omschreven in het nieuwe derde lid van art. 37 Sr. Dit artikellid verklaart het vereiste van gedragskundige rapportage buiten toepassing als de betrokkene weigert zijn medewerking te verlenen aan het onderzoek. In dat geval ‘maken gedragskundigen voor zover mogelijk gezamenlijk dan wel ieder van hen afzonderlijk rapport op over de reden van weigering’ en doet ‘(D)e rechter (...) zich zoveel mogelijk een ander advies of rapport, dat hem over de wenselijkheid of noodzakelijkheid van een last tot TBS kan voorlichten en aan de totstandkoming waarvan de betrokkene wel bereid is om zijn medewerking te verlenen, overleggen’. In zijn toelichting schreef de minister klare taal: ‘De weigering ... mag er niet toe leiden dat door de rechter geen terbeschikkingstelling met verpleging meer kan worden opgelegd’. In dat geval ‘kan advisering achterwege blijven’.³⁰ Degene die zijn medewerking weigert ‘kan daarmee niet bereiken dat er derhalve geen terbeschikkingstelling kan worden opgelegd’.³¹

²³ Wet van 15 december 1993, S. 1994, 13, zgn. ‘Reparatiwet’, in werking getreden 15 januari 1994.

²⁴ Wet van 19 november 1986, S. 587, in werking getreden 1 september 1988. TBR stond voor: ‘terbeschikkingstelling van de regering teneinde van harentwege te worden verpleegd’.

²⁵ Art. 37a lid 3 jo art. 37 lid 2 Sr.

²⁶ Zie voor een korte samenvatting van die geschiedenis Bakker 1993, p. 93, 94.

²⁷ Mooij 1995, p. 22: ‘wanneer door de toegenomen rechtsbescherming (wet 1988) iemand die potentieel onder de werkingssfeer van de Wet op de terbeschikkingstelling valt, zich daaraan kan onttrekken wordt daarmee de grondgedachte van het stelsel zelf geraakt’.

²⁸ Mooij 1995, p. 30.

²⁹ Bakker 1993, p. 98, 99.

³⁰ *Kamerstukken II*, 22909, 3, (MvT) p. 5.

³¹ *Kamerstukken II*, 22909, 6, (MvA) p. 2.

De Hoge Raad had inmiddels langs jurisprudentiële weg ruimte voor de rechter gecreëerd door de eisen aan het ‘gedragskundig advies’ te relativiseren: ‘Geen wettelijke bepaling (...) schrijft immers voor dat het door de gedragsdeskundigen over te leggen advies tot stand moet zijn gekomen met medewerking van de verdachte en na één of meer met hem gevoerde gesprekken’. Van Veen vat dit als volgt samen: ‘onderzoeken’ kan bestaan uit observeren en voor observeren is geen toestemming van de verdachte nodig.³² TBS kan dus worden opgelegd zonder de in art. 37 tweede lid Sr bedoelde adviezen, en als die er wel zijn, zonder dat de verdachte daaraan heeft meegewerkt. De rechter kreeg zowel van de wetgever als van de Hoge Raad de vrije hand om TBS op te leggen ‘als resultaat van zijn eigen oordeelsvorming’.³³ De overweging van de rechtbank Breda in de zaak tegen Lucien C. ‘dat uit de door de wetgever gekozen constructie valt op te maken dat het kennelijk de bedoeling is dat de rechter ook zonder deskundigenadvies een geestelijke stoornis kan vaststellen’, is dan ook juist. Door het veto-recht van de verdachte te schrappen beoogde de minister immers ‘een verbetering van de besluitvorming bij het opleggen van de TBS van onbepaalde duur’.³⁴ Een en ander neemt niet weg dat de rechter bij zijn oordeelsvorming sterk gehinderd kan worden door de weigering van de verdachte zich aan een onderzoek te onderwerpen, ook in verband met de overige wettelijke vereisten voor oplegging van de maatregel: het gelijktijdigheidsverband, het recidivegevaar en de noodzaak tot oplegging van dwangverpleging (artt. 37a en 37b Sr).

De wettekst inzake het gelijktijdigheidsverband

De wet vereist voor de oplegging van TBS dat bij de verdachte ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’ (hierna kortweg: stoornis) bestond *tijdens het begaan van het feit* (art. 37a aanhef Sr). De termen waarmee de stoornis in art. 37a Sr wordt aangeduid zijn gelijk aan die in art. 39 Sr, waarin de schulditsluitingsgrond ‘ontoerekeningsvatbaarheid’ staat beschreven. Volgens deze bepaling is niet strafbaar degene aan wie het feit wegens ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’ niet kan worden toegerekend.³⁵ Deze bepaling vereist voor een bevestigend antwoord op de vraag of het feit vanwege een stoornis niet kan worden toegerekend een rechtstreeks causaal verband tussen de stoornis en het delict, of zoals Mooij het liever zou zeggen: het vereiste van intern verband. De gedraging dient uit de stoornis voort te vloeien.³⁶ De vraag naar de toerekening is een vraag die de rechter - en niet de deskundige - beantwoordt. Mooij formuleert het aldus: ‘toerekenen is een complex gebeuren, met beschrijvende en normatieve aspecten. Uiteindelijk is het vanaf het begin tot het eind juridisch formeel ingekaderd en verschilt van wat in de psychiatrie gebruikelijk is’.³⁷

Anders dan in art. 39 Sr ontbreekt in de tekst van art. 37a Sr dit vereiste van intern verband. Volgens de wettekst volstaat dat de rechter vaststelt dat een stoornis aanwezig was ten tijde van het delict. Mits aan de andere voorwaarden is voldaan, kan dan TBS

³² HR 29 juni 1993, NJ 1994/48, m.nt. ThWvV.

³³ *Kamerstukken II*, 22909, 6, p. 3 (MvA).

³⁴ *Kamerstukken II*, 22909, 6, p.1 (MvA).

³⁵ Hofstee 2003, p. 74.

³⁶ Mooij 2005, p. 15.

³⁷ Mooij 2005, p. 8.

worden opgelegd, eventueel naast een tijdelijke gevangenisstraf. De Hoge Raad houdt aan het in artikel 37a Sr neergelegde vereiste van gelijktijdigheid streng de hand.³⁸ Daartoe geeft de wetsgeschiedenis dan ook aanleiding.³⁹ De reden voor de vereiste vaststelling ligt in de aard van de maatregel; deze dient (mede) ter behandeling van de stoornis. Het vereiste is toekomstgericht. Anders dan wel wordt verondersteld, geldt deze vaststelling dus niet het verleden, zoals de schulduitsluitingsgrond ontoerekeningsvatbaarheid in artikel 39 Sr wel doet. Om het scherp te stellen: voor de vaststelling van de schulduitsluitingsgrond ontoerekeningsvatbaarheid is de vaststelling van een rechtstreeks intern verband tussen stoornis en delict vereist terwijl dat vereiste voor de oplegging van TBS ontbreekt. De letter van de wet eist dit verband niet en de Hoge Raad leest dit vereiste ook niet in de wetbepaling. ‘Voor die eis is geen steun te vinden in het recht.’⁴⁰ In de doctrine wordt deze uitleg bestreden en als achterhaald beschouwd.⁴¹ Maar nog vrij recent heeft de HR zijn standpunt in deze herhaald.⁴² Een consequentie van dit standpunt is dat voor de oplegging van de TBS evenmin sprake hoeft te zijn van verminderde toerekening. Dit standpunt heeft de Hoge Raad dan ook ingenomen.⁴³ Aangezien het de stoornis is die maakt dat het feit niet of verminderd wordt toegerekend, is met deze uitleg gegeven dat de stoornis - juridisch gezien - niet in directe relatie behoeft te staan tot het bewezen verklaarde feit waarvoor de rechter TBS wil opleggen.

Een juridische en feitelijke vaststelling

De doorsnijding van het ‘causale’ verband tussen de stoornis en het delict is te billijken vanuit het juridisch model. Een stoornis behoeft niet een louter medisch begrip te zijn. Zoals Mooij opmerkt kan een ‘stoornis’ verwijzen naar een afwijking van de norm, of naar de afwijking van een maatschappelijke conventie.⁴⁴ De wijze waarop de Hoge Raad de voorwaarden voor de oplegging van TBS bepaalt, biedt steun aan die juridische benadering van het begrip stoornis. Ten eerste vereist de wet niet dat hij een direct verband aantoonst en ten tweede behoeft het begrip stoornis niet strikt medisch te worden opgevat. Ook als de deskundige een ‘waarschijnlijkheidsoordeel’ uitspreekt kan de rechter dat oordeel ten grondslag leggen aan zijn eigen oordeel.⁴⁵ Zo beschouwd, is een stoornis goed door de rechter vast te stellen. De rechter blijft dus bij zijn leest en ‘speelt geen doktertje’. De rechter moet de oplegging van de maatregel wel verantwoorden aan

³⁸ Art. 37a lid 1 Sr, HR 9 januari 2001, NJ 2001/112.

³⁹ Zie voor een samenvatting: de conclusie van AG Keijzer voor HR 9 januari 2001, NJ 2001/112.

⁴⁰ HR 13 maart 1979, NJ 79, 364 m.nt. Melai (Fokko B.). “Het middel stelt voorts in de toelichting nog de eis dat de rechter bij het geven van een bevel dat de verdachte ter beschikking van de regering zal worden gesteld, in zijn vonnis vaststelt dat de bewezenverklaarde feiten het gevolg zijn van de geestesgesteldheid van de verdachte. Voor die eis is evenwel geen steun te vinden in het recht.”

⁴¹ Hofstee 2003, p. 84, Bakker 1993, p. 99 met verwijzing naar NLR aantekening 2 bij art. 37a Sr en W. Nieboer, *Aegroto suum*, p. 75.

⁴² HR 22 januari 2008, LJN BC1311 (Kraggenburgzaak).

⁴³ HR 14 maart 2006, LJN AU5496 (Lucia de B.), r.o. 9.4 slot: ‘in het recht (is) geen steun te vinden voor de mede aan het middel ten grondslag liggende opvatting dat de oplegging van een terbeschikkingstelling met dwangverpleging nooit mogelijk is indien bij de beslissing over de strafbaarheid van de verdachte het feit aan hem wordt toegerekend’. In dezelfde zin: AG Fokkens in zijn conclusie voor dit arrest, onder nr. 90 en door hem aangehaalde literatuur (Handboek Strafzaken § 53.3.4).

⁴⁴ Mooij 2005, p. 12.

⁴⁵ HR 22 januari 2008, LJN BC1311 (Kraggenburgzaak).

de hand van het door hem vastgestelde recidivegevaar. Deze opvatting is te billijken gelet op het doel van de op te leggen sanctie. Net als de mate van toerekening betreft het hier echter een feitelijke vaststelling die niet in cassatie kan worden getoetst, net zomin als de vaststelling van de aanwezigheid van de stoornis.⁴⁶ Bovendien stelt de wet niet de eis dat als er een deskundigenadvies ligt, de rechter aan dat oordeel is gebonden.⁴⁷

Een inspanningsverplichting voor de rechter én de deskundige

Uit de aanwijzingen van de wetgever (art. 37 Sr) volgt dat er enerzijds naar wordt gestreefd om aan de beslissing een degelijke en zorgvuldige deskundigenrapportage, waaraan de verdachte heeft meegewerkt, te doen vooraf gaan. Anderzijds wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat de verdachte weigert zijn medewerking te verlenen aan de totstandkoming van een dergelijk rapport. In dat geval schrijft de wet voor dat de rechter uitwijkt. Deze doet zich 'zo veel mogelijk' een ander advies of rapport overleggen zoals hiervoor beschreven. De woorden 'zo veel mogelijk' duiden erop, zoals Meijers beschrijft, dat de gedragskundige zich aan zijn beroepsmatige grens dient te houden en niet zonder toestemming van de verdachte in zijn intieme levenssfeer mag trachten door te dringen.⁴⁸ Anderzijds, en daarop wijst Van de Pol,⁴⁹ betekenen de woorden een inspanningsverplichting voor de rechter om elders informatie te (laten) halen. De minister achtte het voor een behoorlijke rechtspleging van belang 'dat door alle betrokkenen de grootst mogelijke inspanningen worden geleverd om tot een integrale rapportage en advisering op grond van klinische observatie te kunnen komen'.⁵⁰ De tekst van de wet sluit echter niet uit dat de rechter gebruik maakt van een rapport dat tot stand is gekomen buiten die setting; één waaraan de verdachte zijn medewerking zelfs in het geheel niet heeft verleend, mits dat gebeurt 'in het belang van een goede rechtspleging'. Voor het klinische of niet-klinische onderzoek is de medewerking van de verdachte dus gewenst en niet vereist. Wij zagen dat al bij de door de Hoge Raad gegeven uitleg van de term 'advies'. Dit advies is bruikbaar, ook indien het tot stand is gekomen op basis van klinische observatie zonder dat er gesprekken met de verdachte hebben plaats gevonden. Hiermee zijn de mogelijkheden de rechter zo goed mogelijk voor te lichten echter nog niet uitgeput. Er is immers ook nog het milieuonderzoek.

Advisering op basis van een milieuonderzoek

Onder een milieuonderzoek versta ik in dit verband het onderzoek door een *gedragskundige* naar de geestesgesteldheid van de verdachte aan de hand van de informatie van derden die de verdachte voor en rond de periode dat hij het delict pleegde van nabij hebben meegemaakt. Deze informatie, in combinatie met de - eventueel kortstondige - observatie van de verdachte, voldoet aan de wettelijke eis van een rapportage door een gedragskundige. Hoewel de gedragskundige van oordeel kan zijn dat

⁴⁶ Hofstee 2003, p. 77 met verwijzing naar HR 15 april 1975, *NJ* 1975, 288: 'dat Rb. en Hof aldus omtrent de toerekeningsvatbaarheid van req. een feitelijk oordeel hebben gegeven dat in cassatie moet worden geëerbiedigd en dat met name niet kan worden aangetast door te wijzen op gedeelten van voormeld rapport en van de verklaring van genoemde getuige/deskundige (...) die steun zouden kunnen geven aan een andersluidend oordeel'.

⁴⁷ Hofstee 2003, p. 89.

⁴⁸ Meijers 2005, p. 36, 37.

⁴⁹ Van de Pol 1993, p. 107, 108.

⁵⁰ *Kamerstukken I.*, 22909, 3, p. 3, jo.11.

hij zonder gesprekken met de betrokkene geen uitspraak kan doen over het bestaan van een stoornis, laat staan over toerekening en gevaarlijkheid, kan een milieuverslag van deze deskundige de rechter wel verder helpen zijn oordeel te vormen. Daarvan is de wetgever in elk geval uitgegaan. Een indicatie voor oplegging van tbs kan volgens hem namelijk blijken uit andere gegevens, ‘b.v. over de wijze waarop het delict is gepleegd, het gedrag dat daaraan vooraf ging, de achtergrond van de verdachte zoals weergegeven in de desbetreffende voorlichtingsrapportage en de tijdens het reguliere politie-onderzoek door de verdachte afgelegde verklaringen’.⁵¹ Wel zal de rechter met een dergelijke rapportage uiterst behoedzaam moeten omgaan; het inschatten van de stoornis op basis van gedrag alleen is een zeer hachelijke zaak. Als echter het alternatief is dat een levenslange gevangenisstraf ‘moet’ worden opgelegd, zoals het Gerechtshof in dit geval meende aan de maatschappij verplicht te zijn, kan die omstandigheid het gebruik van een dergelijk milieuonderzoek rechtvaardigen. Deze uiterste consequentie van een weigering om mee te werken aan een gedragskundig onderzoek neemt het bezwaar weg dat Bakker tegen het gebruik van dergelijk onderzoek aanvoerde.⁵² Dat bezwaar moet immers worden gezien in het licht van zijn bezorgdheid over een al te lichtvaardige beslissing tot het opleggen van TBS, niet vanuit het perspectief dat een levenslange gevangenisstraf wordt opgelegd als alternatief voor TBS.

De inspanningsverplichting rechtvaardigt met andere woorden het benaderen van derden en het opvragen van eerdere (medische) gegevens over de weigeraar. De wet bedoelt zelfs een dwingende opdracht aan de rechter te geven om in een voorkomend geval dit onderzoek zelf te doen of te laten verrichten. Deze opdracht verplicht vervolgens ook de gedragskundige om aan het verzoek zo veel mogelijk gevolg te geven. Een dergelijk onderzoek kan worden gezien als een uitvloeisel van een goede rechtsbedeling, in de woorden van Oei: een eerlijke rechtspleging.⁵³ Ik denk dat het past in het door Antoine Mooij bepleite hermeneutische perspectief, te weten een niet-instrumentele benadering van het recht.⁵⁴ Het is toe te juichen dat deze kwestie momenteel binnen de forensische psychiatrie volop de aandacht heeft. Het PBC, dat zich van oudsher terughoudend opstelde om over weigerende observandi aan de rechter te rapporteren, heeft zijn zogenaamde ‘weigerbeleid’ in 2005 laten varen.⁵⁵ Elke verdachte die in het PBC wordt opgenomen wordt er de volle zeven weken geobserveerd, ook indien hij niet aan het onderzoek wenst mee te werken en hij dus ‘moeilijk observeerbaar’ is. Het in 2006 opgerichte Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie (NIFP),⁵⁶ waarin het PBC is opgegaan, gaat expliciet uit van rapportagemogelijkheid;⁵⁷ het beleid en de mogelijkheden ten aanzien van ‘moeilijk observeerbaren’ is er op dit moment volop onderwerp van discussie.⁵⁸

⁵¹ *Kamerstukken II*, 22909, 6, p. 2 en 3.

⁵² Bakker 1993, p. 96.

⁵³ Oei 2005, onder 4.2.

⁵⁴ Mooij 2000, p. 23.

⁵⁵ Barendregt 2007.

⁵⁶ Het NIFP is een kennisinstituut voor forensische psychiatrie en psychologie van het Ministerie van Justitie en overkoepelt het PBC en de FPD's.

⁵⁷ *NIFP-Best Practice* 2007, p. 82.

⁵⁸ Op 4 november 2008 vond in Utrecht een door het NIFP georganiseerde themamiddag plaats met als titel ‘Moeilijk onderzoekbaren in het forensisch onderzoek’. Vergelijk Oei 2005 onder 5.6.f.

De wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (artt. 446-468 Boek 7 BW)
Tegen het hiervoor door mij bepleite milieuonderzoek door een gedragskundige bij een weigerende observandus zou kunnen worden ingebracht dat de wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) dit onderzoek verbiedt. Weliswaar staat deze wet aan de *observatie van een weigering* niet in de weg omdat die verrichting niet tot doel heeft de persoon ‘op zijn gezondheidstoestand te beoordelen’ (art. 7:446 lid 2 BW),⁵⁹ maar in de door mij beschreven rapportage op basis van een milieuonderzoek is dat juist wel het doel van het onderzoek. Het gaat immers om informatie ten behoeve van een oordeel over de gezondheidstoestand van de verdachte ten tijde van het delict. Deze ‘verrichtingen’ zijn in beginsel te beschouwen als ‘handelingen op het gebied van de geneeskunst’. Gelden in de door mij beschreven situatie dus de voorwaarden van de WGBO? Ik meen van niet. In elk geval niet onverkort. Als het gaat om de toestemming van de verdachte voor het onderzoek en voor de verwittiging daarvan aan de rechtbank (artt. 7: 450 en 457 BW) kan de WGBO buiten toepassing blijven. Er is in de eerste plaats geen sprake van een behandelingsovereenkomst in de zin van het burgerlijk wetboek. Ook is er geen sprake van een ‘keuring’ als bedoeld in die wet, die de ‘keurling’ een absoluut blokkeringsrecht geeft.⁶⁰ Het is immers al te geforceerd van een ‘medische keuring’ te spreken waar het het onderzoek naar geschiktheid voor de TBS betreft.⁶¹ Bovendien dient het milieuonderzoek mijns inziens niet onder het regiem van de WGBO worden gebracht door middel van de zogeheten schakelbepaling. Deze aanname is in overeenstemming met het doel van de WGBO en de in de wet gebruikte terminologie.

Genoemde schakelbepaling, artikel 7:464 eerste lid BW, breidt de toepasselijkheid van de WGBO uit tot handelingen op het gebied van de geneeskunst ‘anders dan krachtens een behandelingsovereenkomst’ mits ‘de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet’. Als voorbeelden van dergelijke bijzondere rechtsbetrekkingen noemde de minister onder meer:⁶² de medische zorg in de krijgsmacht, medische verzorging in gevangenissen en TBS-klinieken,⁶³ de werkzaamheden in het kader van de sociale verzekeringsgeneeskunde of de kinderscherming en het optreden als getuigedeskundige voor rechterlijke instanties.⁶⁴ Voor een juiste interpretatie van de van

⁵⁹ Meijers 1995, p. 35.

⁶⁰ Artikel 7:446 lid 4 jo 464-2b BW.

⁶¹ Dit artikellid betreft een regeling van ‘medische keuringen’ in het algemeen, *Kamerstukken II*, 21561, nr. 6 (MvA), p. 21 e.v.

⁶² *Kamerstukken II*, 21561, nr. 3 (MvT), p. 46. Art. 7: 464 heet in het wetsvoorstel nog artikel 1653t BW

⁶³ Kelk 1988, p. 23, 24.

⁶⁴ Met de laatst genoemde categorie uitgezonderde situaties is overigens niet elk optreden van een getuigedeskundige voor de rechtbank buiten de schakelbepaling geplaatst. Door de Hoge Raad worden bepaalde deskundigenrapportages in opdracht van de rechter als ‘keuringssituaties’ in de zin van art. 7:446 lid 5 BW beschouwd (HR 26 maart 2004 (Levob), *RvdW* 2004/54, *LJN* AO1330, r.o. 4.4; herhaald in HR 12 augustus 2005 (Univé), *LJN* AT3477, r.o.3.4.3 en door de wetgever bevestigd in de toelichting op de wijziging van art. 7:464 BW, *Kamerstukken II*, 30049, 3, p. 5, S. 2006, 29, in werking 1 maart 2006.) Het gevolg daarvan is een absoluut blokkeringsrecht voor de keurling. Deze rechtspraak betreft de burgerrechtelijke vaststelling van het recht op een verzekeringsuitkering en het betreffende deskundigenrapport behelsde, pikant detail, het onderzoek van een psychiater. Deze rechtspraak is vanwege zijn civielrechtelijke karakter niet zonder meer van toepassing op de door mij bedoelde situatie en daarom laat ik die rechtspraak verder buiten beschouwing.

gelijkschakeling uitgezonderde categorieën biedt het voorbeeld van ‘verlening van medische zorg in de krijgsmacht’ het beste aanknopingspunt. Hierover liet de minister weten dat de ‘operationele inzetbaarheid van de krijgsmacht (...) geen ruimte (laat) voor het onverkort toepassen van het toestemmingssysteem’, want: ‘(D)e militair geneeskundige dient te allen tijde inzicht te kunnen hebben in de gezondheidstoestand van de individuele militair’. Dat betekent dat het vereiste van instemming met de verrichtingen en het verbod aan de hulpverlener daarvan verslag te doen aan derden in die situatie niet van toepassing zouden zijn.⁶⁵ De aard van de rechtsbetrekking van de militair verzet zich daartegen.⁶⁶ Anders gezegd: het staatsbelang prevaleert boven het particuliere belang.

De in de memorie van toelichting genoemde voorbeelden laten zien dat de omschrijving van ‘behandelingsovereenkomst’ dient te worden geïnterpreteerd naar het doel van de WGBB. Niet alleen de geneeskundige handelingen van de militair geneeskundige maar ook die van de penitentiaire inrichtingsarts kunnen vanwege ‘de aard van de rechtsbetrekking’ deels buiten de sfeer van de wet worden gehouden. Het betreft hier dan ook niet-civielrechtelijke verhoudingen. Als het gaat om de vraag welke regels van de WGBB volgens de schakelbepaling wel en welke niet van toepassing zijn, kan uit het door de minister gegeven voorbeeld worden afgeleid dat rekening mag worden gehouden met de publiekrechtelijke belangen die op het spel staan. Voor de pro justitia-rapportage kan vanuit dat perspectief worden gesteld dat de eigen aard van het strafrecht, en in het bijzonder de opdracht tot voorlichting aan de rechter met het oog op de toerekening en de oplegging van de juiste sanctie, te beschouwen is als een eigenstandige rechtsbetrekking en dat de afweging die moet worden gemaakt mede wordt bepaald door de goede rechtsbedeling in strafzaken en de beveiliging van de samenleving. Deze belangen kunnen in geval van een ernstig misdrijf bepalen of er instemming is vereist. Het lijkt kortom aanvaardbaar en niet in strijd met de (bedoeling van) de wet om te verdedigen dat de bepalingen van de WGBB die op instemming van de betrokkene zien in de door mij voorgestelde situatie toepassing missen.⁶⁷

Voorlopige afronding

Mijn opmerkingen naar aanleiding van de eerste vraag afrondend, kan worden geconcludeerd dat de ruimte van de strafrechter om zelfstandig een oordeel te geven over het bestaan van een stoornis ten tijde van het delict in het geval de verdachte iedere medewerking aan een onderzoek naar zijn geestvermogens weigert, door de tekst van de wet niet wordt beperkt. Artikel 37 Sr laat de mogelijkheid open dat de rechter zich anders dan door een rapport als bedoeld in art. 37 tweede lid Sr laat informeren en schrijft dat zelfs dwingend voor. In het derde lid kan een inspanningsverplichting worden gelezen voor de strafrechter om aan het benodigde materiaal ter vaststelling van de aanwezigheid

⁶⁵ De artt. 1653d en 1653l BW, thans artt. 7:450 en 7:457 BW.

⁶⁶ *Kamerstukken II*, 21561, nr. 15, p. 38, 39.

⁶⁷ Het is opmerkelijk dat in de beoogde regeling voor de deskundige in strafzaken de rol van de gedragskundige in geval van een weigerende observandus in het geheel niet aan de orde komt. Het wetsvoorstel is gepreoccupeerd met de deskundigheid van deskundigen wier hulp wordt ingeroepen ten behoeve van de waarheidsvinding. In de memorie van toelichting wordt in dat verband slechts gerept over weigering van de kant van de rechter, de officier of de deskundige (Wet deskundige in strafzaken, *Kamerstukken* 31 116).

van een stoornis te komen. Die verplichting strekt zich uit tot de deskundige en kan onder omstandigheden met zich meebrengen dat het onderzoek voornamelijk of uitsluitend plaats heeft op basis van inlichtingen van derden. Tegen een onderzoek tegen de wil van de betrokkene en de rapportage aan de rechtbank verzet de WGBO zich niet.

De tweede vraag: die naar de extra waarborgen bij oplegging van een levenslange gevangenisstraf

Zoals hiervoor uiteengezet, zijn de randvoorwaarden voor het opleggen van TBS in de wet opgenomen vanuit de gedachte dat de maatregel - omdat zij zo ingrijpend is - niet al te lichtvaardig mag worden opgelegd. Volgens Hofstee heeft de wetgever met de in 1988 ingevoerde extra voorwaarden, in het bijzonder het dubbele gedragskundigenrapport, 'het ultima ratio-karakter van de TBS beter dan voorheen tot uitdrukking proberen te brengen' en ook het aantal terbeschikkingstellingen willen beperken tot 'de werkelijk voor die maatregel in aanmerking komende personen'.⁶⁸ Vergelijkbare waarborgen bestaan er voor het opleggen van een levenslange gevangenisstraf niet. Dit staat in schril contrast met de oplegging van TBS, net zoals de tenuitvoerlegging van de straf sterk met die van de TBS contrasteert.⁶⁹ De levenslange gevangenisstraf is onderworpen aan dezelfde motiveringsvoorschriften als die welke gelden voor een gevangenisstraf van bijvoorbeeld een week of een jaar. Nu kan men dit verdedigen met een verwijzing naar de gelijksoortigheid van deze straffen: 'gevangenisstraf is gevangenisstraf'. Maar daarmee wordt ten eerste geen recht gedaan aan de redenen waarom de levenslange gevangenisstraf wordt opgelegd en in de tweede plaats niet aan de onbepaalde duur van deze straf.

De noodzaak van extra wettelijke waarborgen en motiveringseisen

Wat dat eerste punt betreft - het door de rechter beoogde strafdoel - kan worden opgemerkt dat de oplegging van een levenslange gevangenisstraf bijna in alle gevallen (mede) wordt gemotiveerd met de overweging dat de samenleving voortdurend tegen de verdachte moet worden beveiligd. Daarmee komt de oplegging van een levenslange gevangenisstraf dicht in de buurt van het doel van de TBS. Het is echter - net als bij TBS - de vraag of de voortdurende bescherming inderdaad noodzakelijk is; ik bedoel: of de verdachte altijd zo gevaarlijk zal blijven als hij is geweest. Om dat te beoordelen kan nadere rapportage van nut zijn. Als extra waarborg tegen een disproportionele sanctie is het daarom te overwegen deskundigenrapportage verplicht te stellen met betrekking tot de kans dat de verdachte voortdurend delictgevaarlijk zal blijven en alleen dan de oplegging van een levenslange gevangenisstraf toe te staan als uit die rapportage van dat voortdurende gevaar blijkt. Sommige rechters passen deze maatstaf al toe. Het Haagse Gerechtshof overwoog daartoe onlangs: 'Geen van de ten aanzien van de verdachte uitgebrachte pro justitie rapporten geven aan dat de kans op een dergelijke herhaling groot is te achten. Aanknopingspunten om tot genoemde conclusie te komen zijn dan ook niet voorhanden. Het enkele feit dat de verdachte bij herhaling terzake geweldsmisdrijven

⁶⁸ Hofstee 1989, p. 56.

⁶⁹ Vgl. Bleichrodt 2008, p. 8, die deze aanduiding gebruikte voor de *tenuitvoerlegging* van de gevangenisstraf in vergelijking met de TBS.

is veroordeeld is naar het oordeel van het Hof onvoldoende om hem thans tot een levenslange gevangenisstraf te veroordelen'.⁷⁰

Wat het tweede punt betreft - de onbepaalde duur van de straf - geldt dat de levenslange gevangenisstraf levenslang duurt en dus, zoals ik hiervoor heb uiteengezet, een volstrekt ander karakter heeft dan de tijdelijke gevangenisstraf. Anders dan bij een tijdelijke gevangenisstraf staat de datum van invrijheidstelling niet van tevoren vast. Het klinkt wellicht vanzelfsprekend maar het is zinvol hierbij expliciet stil te staan. Het ondergaan van een levenslange gevangenisstraf kent een geheel eigen dynamiek, of liever gezegd: tragiek.⁷¹ Sinds enige jaren is bovendien het uitzicht op gratiëring 'wegens het verstrijken van de tijd' onzeker geworden. De huidige bewindslieden gaan uit van een straf die daadwerkelijk levenslang duurt. De Staatssecretaris van Justitie liet nog onlangs weten 'geen dringende noodzaak' te zien om de levenslange gevangenisstraf tussentijds te toetsen, zoals voorgesteld door de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ).⁷² Dat is een heel andere interpretatie van de straf dan die welke tot in de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft gegolden. Toen was het beleid om de straf na een bepaalde tijd - als de omstandigheden dat toelieten - te matigen. De termijn waarbinnen ambtshalve over eventuele gratiëring moest worden nagedacht, bedroeg in de jaren zestig zelfs twaalf en een half jaar.⁷³ De gemiddelde duur van de straf was toen ongeveer zestien jaar.⁷⁴ Een en ander maakte dat publiek, inclusief rechterlijke macht en OM ervan uitging dat 'levenslang' gelijk stond aan een straf van ongeveer twintig jaar. En hoewel de letter van de wet die interpretatie niet toeliet, en nooit heeft toegelaten, was die veronderstelling wel de juiste. Dat is nu allemaal anders. De Minister⁷⁵ en Staatssecretaris⁷⁶ zeggen, althans zo meen ik hun uitlatingen te mogen interpreteren, dat we ervan uit moeten gaan dat de straf duurt tot de dood erop volgt. In dat licht is het wel wrang als bijvoorbeeld gedragskundigen die de verdachte alleen maar hebben kunnen observeren omdat hij weigerde mee te werken aan het onderzoek, na een aantal jaren tot de ontdekking komen dat de oplegging van een maatregel – gelet op de persoon van de

⁷⁰ Gerechtshof 's-Gravenhage 15 juli 2008, *LJN* BD7249 (Zoetermeerse hotelmoord). Tevens werd overwogen dat de moord moest worden beschouwd als te zijn begaan in de relationele sfeer en er geen aanwijzingen bestonden dat de verdachte in de toekomst een willekeurige ander zou willen doden.

⁷¹ Van de Sande 2007.

⁷² Staatssecretaris Albayrak van Justitie, in *Verslag van het RSJ-congres 'De jaren tellen'*, 6 maart 2008, p. 4. Deze reactie is ook opgenomen in het aanvullend advies van de RSJ inzake de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf, van 29 april 2008.

⁷³ Elzinga en Van Hattum 2006, p. 1304.

⁷⁴ Het betreft een geschat gemiddelde, maar het komt overeen met de feiten die Van Bemmelen en Pompe 1963 (I) en 1963 (II) aan hun pleidooi om vrijlatingen van de (toen nog) 'vier van Breda' ten grondslag legden, die op dat moment zeventien jaar zaten. Zij stelden dat de termijn waarbinnen gemeen levenslanggestraften op jaren werden gesteld 'ruimschoots' was overschreden. Omdat de vier hun straf zouden ondergaan 'als commune misdadigers', 'is (er) dus alle aanleiding ditzelfde systeem ook voor politieke delinquenten te volgen en hen die reeds zeventien jaar gevangen zitten te gratiëren en in vrijheid te stellen'. Zie voor exactere gegevens Rijkssen 1967.

⁷⁵ Minister van Justitie Donner: 'Levenslang duurt in beginsel levenslang', in antwoord op vragen van Tweede Kamerlid L. Griffith, 20 juli 2004, *Aanhangsel Handelingen II*, 2003/04, nr. 1972.

⁷⁶ Staatssecretaris van Justitie Albayrak, 6 maart 2008: 'Levenslang is levenslang' in: *Verslag van het RSJ-congres 'De jaren tellen'*, p. 4.

veroordeelde – achteraf gezien toch beter zou zijn geweest. Een dergelijk geval doet zich voor.⁷⁷

Behalve dat er geen extra motiveringsvoorschrift bestaat en ook een deskundigenrapport over de voortdurende delictgevaarlijkheid niet is vereist, voorziet de strafrechtelijke procedure in enge zin ook niet in de waarborg dat de verdachte in de gelegenheid wordt gesteld zijn verdediging te voeren tegen een eventuele levenslange gevangenisstraf, bijvoorbeeld door een extra zitting waarin alleen de oplegging van de straf centraal staat. De straf kan zoals het er nu voor staat, zelfs worden opgelegd zonder dat de verdachte deze heeft zien aankomen. Daarvan is sprake als, zoals in deze zaak, het OM geen levenslange straf heeft gevorderd en de rechtbank in eerste aanleg ook geen levenslange straf heeft opgelegd. De oplegging van de levenslange gevangenisstraf in hoger beroep kan in een dergelijk geval als een complete verrassing komen. Vanuit de waarborgen voor een evenwichtig strafproces is dat niet ‘fair’ te noemen. Verdediging tegen een dergelijke straf(eis) is een eerste vereiste voor een mogelijke oplegging van een dergelijke straf.

Relativering

Het is echter de vraag wat er van extra waarborgen bij oplegging verwacht moet worden. Op dit moment kan de rechter ook zelf voor die waarborgen zorgen: een extra zitting inlassen, extra rapportage vragen en extra motiveren. Bij te grote twijfel ten aanzien van de proportionaliteit kan hij ook afzien van deze straf, zoals het Gerechtshof Arnhem eenmaal expliciet deed.⁷⁸ In één van de persberichten over de zaak tegen Juliën C. heeft Tak zich uitgesproken voor een onderzoek naar de geestvermogens van de veroordeelde, uit te voeren nadat hij een paar jaar van zijn straf zou hebben ondergaan.⁷⁹ De uitkomsten van dat onderzoek zouden ertoe moeten kunnen leiden dat de sanctie wordt bijgesteld. In deze benadering wordt de waarborg gezocht in de wijze van tenuitvoerlegging. Dat is een benadering die op het moment van dit schrijven door velen uit de praktijk van de strafrechtspleging en uit de wetenschap wordt gedeeld. Er zijn inmiddels van verschillende zijden aanbevelingen gedaan om de tenuitvoerlegging van elke levenslange

⁷⁷ Besproken door Van Hattum 2006, aldaar aangeduid als T. Het gewijzigde inzicht van voormalig directeur van het PBC, F. Beyaert, is door deze toegelicht in de Tv-documentaire ‘Ted de Turk’, VARA, H. Polak, 28 augustus 1997.

⁷⁸ Vgl. Gerechtshof Arnhem, 29 juni 2006, *LJN* AX9524. Het Gerechtshof koos anders dan de rechtbank in die zaak niet voor de levenslange gevangenisstraf. Het Hof overwoog daartoe: ‘Bij die keuze neemt het Hof in aanmerking dat naar de huidige stand van de regelgeving en het beleid een levenslange gevangenisstraf ook daadwerkelijk volledig ten uitvoer gelegd wordt. Dit standpunt is door de minister van justitie onlangs in de Tweede Kamer ingenomen (zie onder meer Kamervragen met antwoord 2003-2004, nr. 1972, Tweede Kamer). Het wijkt af van het in het verleden gevoerde beleid dat erop neerkwam dat een herbeoordeling na ongeveer vijftien jaar plaatsvond, welke tot gevolg kon hebben dat de veroordeelde via gratiëring "op jaren werd gesteld". Afgezien van gratie bestaat er in Nederland - anders dan in een aantal omringende staten - geen mogelijkheid van enige vorm van tussentijdse (rechterlijke) toetsing van de vraag of verdere tenuitvoerlegging na bijvoorbeeld 15 of 20 jaar nog wenselijk of noodzakelijk is. Dit noopt het Hof tot scherpe toetsing en tot een zekere terughoudendheid daarbij’.

⁷⁹ P. Tak in *NRC Handelsblad*, 27 februari 2008 door van B. Rijlaarsdam. Tak bepleit volgens het artikel om na vier of vijf jaar na te gaan of de gevangene wel bereid is mee te werken aan een psychiatrisch onderzoek.

gevangenisstraf aan een herbeoordeling te onderwerpen.⁸⁰ Als de waarborg voor de oplegging van een proportionele straf wordt gezocht in een met meer waarborgen omgeven executie van de straf is de noodzaak tot het invoeren van extra voorwaarden voor oplegging – hoewel nog steeds aanwezig – in elk geval minder dringend. De straf kan dan ook op later moment worden bijgesteld als daar reden voor is.

Afronding tweede vraag

Samengevat komen mijn opmerkingen erop neer dat de oplegging van een levenslange straf met meer waarborgen zou moeten worden omkleed. In geval van dubio over de psychische gezondheid van de verdachte zal de straf niet mogen worden opgelegd dan nadat op andere dan de orthodoxe wijze is gepoogd informatie over de gezondheidstoestand van de verdachte te achterhalen en meer helderheid is verkregen over diens veronderstelde levenslange delictgevaarlijkheid. Ook zal de verdediging in staat moeten worden gesteld om verweer te voeren tegen de oplegging van de sanctie. Indien het OM de straf niet eist en de eerste rechter de straf niet heeft opgelegd, zal in hoger beroep, als de straf desalniettemin door de rechter wordt overwogen, een zitting moeten worden ingelast⁸¹ om de verdediging in staat te stellen op dit punt positie te kiezen. Dit alles neemt echter niet weg dat er ook na de oplegging van de straf behoefte zal blijven bestaan om de noodzaak tot voortdurende tenuitvoerlegging van de straf met regelmaat te blijven onderzoeken, een waarborg voor de veroordeelde die momenteel ontbreekt.

De keuze van de sanctie en de strafmotivering van het Gerechtshof in het licht van de gemaakte opmerkingen

Twee feitelijke vaststellingen

Voorop gesteld moet worden dat twee feitelijke vaststellingen in deze zaak van doorslaggevende betekenis zijn geweest voor de keuzemogelijkheden van het Hof. De eerste is de vraag of er sprake was van moord dan wel doodslag. Alleen moord, dus als er sprake was ‘van voorbedachte rade’ c.q. ‘kalm beraad en rustig overleg’, biedt de keuze aan de rechter tussen een tijdelijke gevangenisstraf en levenslang. Van voorbedachte rade kan overigens al vrij snel sprake zijn.⁸² Op eenvoudige doodslag stelt de wet ‘slechts’ een

⁸⁰ Zie onder meer de RSJ-adviezen 2006 en 2008, Bleichrodt 2006. Zie ook de motie van D66 van 5 november 2008, K. 2008-2009, 31 700-VI, nr. 62, die de Regering oproept om een onderzoek in te stellen naar de mogelijkheid van een tussentijdse toets, zoals bepleit door het Forum humane tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf, dat in 2008 werd opgericht door een veertigtal juristen, medici en andere direct betrokkenen bij de strafrechtspleging.

⁸¹ Alvorens de strafmaat kan worden overwogen zal immers eerst de schuldvraag in zijn diverse facetten moeten zijn beantwoord. Vergelijk Rb 's-Gravenhage (wrakingskamer), 11 februari 2008, *NJFS* 2008/119. In deze zaak had de politierechter de verdachte meegedeeld dat hij hem niet geloofde en het *fair* te vinden hem daarvan mededeling te doen en hem daarmee ‘uit te nodigen een meer aannemelijke verklaring af te leggen’. Het wrakingsverzoek werd ingewilligd.

⁸² HR 4 april 2006, LJN AU9428, ‘voldoende is dat komt vast te staan dat de verdachte tijd had zich te beraden op het te nemen of het genomen besluit, zodat hij de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven’.

tijdelijke gevangenisstraf, en wel de maximale, van vijftien jaar.⁸³ Is moord eenmaal bewezen dan kan levenslange gevangenisstraf worden opgelegd, tenzij het feit als gevolg van een stoornis helemaal niet kan worden toegerekend. Voor die vaststelling is, zoals wij zagen, een intern verband vereist en voor dat verband ontbreken gegevens. De straf kan dus worden opgelegd, mits deze voldoende wordt gemotiveerd. De tweede vaststelling betreft de aanwezigheid van een stoornis ten tijde van het delict. Deze stoornis werd door het Hof niet aanwezig geacht. Gedragkundige rapportage om die vaststelling te dragen, ontbrak. Gegeven de beide feitelijke vaststellingen is de door het Hof gebezigde redenering juist, namelijk dat bij een bewezenverklaarde moord, slechts dan een TBS kan worden opgelegd als er bij de verdachte een stoornis bestond ten tijde van het delict en dat bij het ontbreken van die vaststelling de levenslange gevangenisstraf de langstdurende bescherming biedt tegen terugkeer van de verdachte in de maatschappij. Hier is geen speld tussen te krijgen. Wel zijn kanttekeningen te plaatsen bij de wijze waarop het Hof tot de tweede feitelijke vaststelling is gekomen (waardoor het onmogelijk werd TBS op te leggen) en de wijze waarop het Hof vervolgens de straf heeft gemotiveerd. Op beide punten ga ik hieronder in.

De vaststelling dat er geen sprake was van een stoornis

Hoewel de vaststelling van de stoornis een feitelijke kwestie is, kan de vraag worden gesteld of het Hof in het licht van de hiervoor besproken inspanningsverplichting ex art. 37 Sr het noodzakelijke heeft gedaan om zich over het bestaan van een stoornis te vergewissen en of de marges zo nauw waren als het Hof in zijn arrest heeft aangegeven. Om dit te kunnen beoordelen keer ik terug naar het arrest van het Gerechtshof en de gegevens waarover het Hof beschikte.

Net als de rechtbank kwam het Hof er niet achter wat Juliën had ‘beziel’. Het PBC had in juni 2007 aan de rechtbank gerapporteerd geen onderzoek te hebben kunnen verrichten naar de geestvermogens van de verdachte vanwege diens weigering daaraan mee te werken. Het had dientengevolge toen geen antwoord gegeven op de door de rechtbank gestelde vraag naar de aanwezigheid van een stoornis.⁸⁴ Wel gaven de deskundigen van het PBC toen aan dat er ‘talrijke aanwijzingen’ voor een stoornis bij verdachte aanwezig waren.⁸⁵ Uit het arrest van het Hof blijkt niet van een aanvullend rapport en ook niet dat de deskundigen op de zitting zijn gehoord. In het dossier lag wel een rapport van een forensisch psycholoog, drie jaar eerder opgemaakt naar aanleiding van een door de verdachte gepleegde overval op een supermarkt, door het Hof aangeduid als ‘een vermogensdelict’. Het delict kan echter zonder meer als een geweldsdelict worden aangemerkt. Volgens een krantenbericht gebruikte de verdachte een imitatiewapen, alsook een pruik en een valse snor. De overval wordt in het bericht aangeduid als ‘vreemd’. De verdachte zou de caissières na afloop van zijn daad hebben bedankt. Zij hadden zich echter ernstig bedreigd gevoeld.⁸⁶ Het rapport van de psycholoog bevat

⁸³ Art. 10 lid 2 Sr. De maximale tijdelijke gevangenisstraf op het delict doodslag (art. 287 Sr) is ingeval van meerdadse samenloop (bv. twee doodslagen) 20 jaar, ook bij de huidige maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf van 30 jaar, art. 10 lid 3 Sr.

⁸⁴ Rapport van 21 juni 2007, arrest Gerechtshof onder J.5.

⁸⁵ Vonnis Rechtbank Breda, onder 6.3.

⁸⁶ P. de Knecht en A. Veldhuijzen, *Algemeen Dagblad* 5 december 2006.

hieromtrent zonder twijfel nadere bijzonderheden. Juliën was tijdens dat onderzoek als gezegd negentien jaar oud. In het rapport werd hij omschreven als iemand met antisociale en narcistische persoonlijkheidstrekken. ‘Gezien zijn leeftijd en zijn nog niet uitgerijpte persoonlijkheid’ was het op dat moment volgens de opsteller van het rapport ‘voorbarig’ om te spreken van een ‘gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens’. De deskundige achtte een behandeling noodzakelijk omdat de persoonlijkheidsontwikkeling van de verdachte werd bedreigd.⁸⁷ Juliën kreeg voor de overval - volgens hetzelfde krantenbericht - een gevangenisstraf van twee jaar waarvan zes maanden voorwaardelijk met als bijzondere voorwaarde zich te laten behandelen in de forensisch-psychiatrische kliniek Groot Batelaar. Op basis van het rapport van de psycholoog, waaraan de verdachte toen had meegewerkt, heeft de rechtbank Breda in de onderhavige zaak vastgesteld dat ‘de aanleg voor een geestelijke stoornis in 2004 dus aanwezig was’. Behalve over het rapport van de psycholoog beschikte het Gerechtshof nog over het rapport van een forensisch psychiater dat drie dagen na het delict was opgemaakt. Uit dit rapport blijkt ‘dat de kans op herhaling van een soortgelijk feit niet kan worden uitgesloten’.⁸⁸ Wat dit rapport verder behelst wordt in het vonnis noch in het arrest onthuld.

Dan is er het verhandelde ter terechtzitting. De verdachte wenste zelf de verdediging te voeren en liet zich dus niet bijstaan door een advocaat.⁸⁹ Hij probeerde in formele juridische taal te spreken.⁹⁰ Behalve dat hij het feit ontkende en hij zijn vreemde alibi herhaalde en aanpaste, deed hij - zo blijkt uit het arrest - voor het Hof ook een beroep op overmacht. Het zou volgens de verdachte mogelijk zijn geweest dat hij het feit onder levensbedreigende druk en dwang (van de door hem genoemde drie personen) had gepleegd en zo zou hij het feit ‘door overmacht opgedrongen’ hebben begaan. De verdachte achtte dit een ‘zeer realistische’ verklaring voor zijn daad.⁹¹ Het Hof heeft dit verweer opgevat als een beroep op de schulditsluitingsgrond overmacht en heeft het als zodanig verworpen.⁹² Het beroep op overmacht is merkwaardig, want de verdachte erkent daarmee de dader te zijn geweest. Het verweer staat haaks op wat hij eerder betoogde, namelijk dat niet hij maar anderen het slachtoffertje hadden gedood. Het impliceert bovendien een beroep op gebrek aan handelingsvrijheid en zou dus kunnen wijzen in de richting van beroep op een stoornis.⁹³ Op de zitting is meer vreemds voorgevallen, zoals de kranten berichten. De verdachte werd door de voorzitter gevraagd naar wat hij had bedoeld toen hij kort voor zijn daad tegen zijn moeder had gezegd ‘dat er iets in de lucht hing’. Juliën wilde die vraag niet beantwoorden maar na enig aandringen antwoordde hij

⁸⁷ Rapport van de psycholoog, 21 maart 2004, zie vonnis Rechtbank Breda onder 6.3.

⁸⁸ Rapport van de forensisch psychiater van 4 december 2006, zie arrest Gerechtshof, onder I.2.

⁸⁹ Hierover uitvoerig Franken 2008, die het ‘verbijsterend’ vindt dat het Hof aan dit gegeven in zijn arrest geen woord heeft gewijd.

⁹⁰ Peter de Graaf in *De Volkskrant*, 12 februari 2008.

⁹¹ Arrest Gerechtshof, onder G.1.

⁹² Volgens art. 40 Sr valt de schuld weg als het feit is gepleegd ‘door overmacht gedrongen’. Een geslaagd beroep op deze schulditsluitingsgrond neemt dus de strafbaarheid van de verdachte weg.

⁹³ Vergelijk Mooij 2005, waar hij onderscheidt: het vermogen tot inzicht en het vermogen tot redelijke doelstelling als componenten voor het vermogen tot overleg. Dit vermogen is weer noodzakelijk voorwaarde voor het aan toerekening ten grondslag liggende concept van handelingsvrijheid. In de voorstelling van de verdachte ontbrak dit vermogen en dus die vrijheid volledig.

dat er ‘wolken’ in de lucht hadden gehangen.⁹⁴ De stiefvader die door het Hof als getuige werd gehoord, probeerde het gedrag van Juliën te duiden. Het moest wel zo zijn geweest dat Juliën het op zijn halfbroertje Jesse – het kind van de stiefvader en de moeder van Juliën – had gemunt. Juliën vroeg immers naar het lokaal van Jesse, hij ging vervolgens naar dat lokaal en zei terugkomend uit dat lokaal (en na zijn daad) dat hij Jesse niet kon vinden.⁹⁵ Dan was er het bizarre en ernstige misdrijf. Dit feit kan op zichzelf een aanwijzing voor een stoornis opleveren zoals ook het Gerechtshof heeft overwogen. Het Hof vond echter dat uit dat misdrijf niet ‘zonder meer’ kon worden afgeleid dat er een stoornis bestond *ten tijde van* het misdrijf ‘ruim twee en een half jaar na de hiervoor genoemde rapportage’ van de psycholoog.⁹⁶ Het beroep op overmacht is bij deze overweging niet door het Hof betrokken, evenmin als de wijze waarop de verdachte zich heeft verdedigd. Dit gedrag moet toch in elk geval als inconsistent en bijzonder merkwaardig aan het Hof zijn opgevallen. Het Hof mag een dergelijke eigen waarneming bij de bepaling van de straf of maatregel gebruiken,⁹⁷ al geldt ook hiervoor dat grote behoedzaamheid op zijn plaats is en het beter ware alvorens zelf conclusies te trekken deze mening aan anderen – meer deskundigen – te toetsen.⁹⁸ Ook de ‘talrijke aanwijzingen’ genoemd in het rapport van het PBC werden hier door het Hof buiten beschouwing gelaten. Niet blijkt uit het arrest dat sinds de eerste rapportage door het PBC nog pogingen in het werk zijn gesteld om een deskundige op basis van de overvloedige informatie uit het milieu rapport te laten uitbrengen. Dit verhoudt zich slecht met de hiervoor beschreven onderzoeksplicht.

Het Hof beantwoordt de vraag of een TBS met dwangverpleging tot de mogelijkheden behoort uiteindelijk negatief. Het overweegt daartoe dat uit het verhandelde ter zitting ‘niet met voldoende zekerheid is af te leiden dat de door de psycholoog geconstateerde scheefgroei zich daadwerkelijk heeft voortgezet’ (...) ‘immers de onderzoekers van het PBC hebben de vraag of verdachte ten tijde van het delict lijdende was aan een stoornis niet kunnen beantwoorden’.⁹⁹ ‘(O)ok overigens’ is het Hof uit het onderzoek ter terechtzitting niet gebleken dat de verdachte destijds lijdende was aan een gebrekkige ontwikkeling en/of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens.¹⁰⁰ Deze overwegingen vragen in het licht van hetgeen ter zitting is voorgevallen enige toelichting. Het verhandelde ter zitting geeft immers evenveel aanleiding om anders te concluderen. Het Hof lijkt in de hier geciteerde overwegingen bovendien een eis te stellen aan de oplegging van de TBS die de wet niet stelt, namelijk ‘dat de scheefgroei zich zou moeten hebben voortgezet’. Ten slotte is de overweging dat uit het misdrijf niet ‘zonder meer’

⁹⁴ Peter de Graaf in *De Volkskrant* 12 februari 2008.

⁹⁵ Novum, 12 februari 2008.

⁹⁶ Arrest Gerechtshof, onder I.2.

⁹⁷ Vergelijk Gerechtshof ‘s-Gravenhage, 6 februari 2001, *LJN* AA9816 (D. van C.); het Hof verminderde de door de rechtbank opgelegde gevangenisstraf met een jaar vanwege de indruk die de verdachte ter terechtzitting op het Hof had gemaakt; op grond van die waarneming achtte het Hof een verdergaande conclusie dan ‘verminderd toerekeningsvatbaar’ gewettigd en overwoog ‘dat de geconstateerde defecten naar ‘s Hof’s oordeel een conclusie, inhoudende dat verdachte sterk verminderd toerekeningsvatbaar is, zeer wel zouden kunnen dragen.’

⁹⁸ De Roos 2005, p. 1783.

⁹⁹ Arrest Gerechtshof, onder J.7. Het citaat is iets ingekort.

¹⁰⁰ Arrest Gerechtshof, J.8.

kon worden afgeleid dat er een stoornis bestond ten tijde van het misdrijf niet ‘zonder meer’ begrijpelijk. Er was immers wel veel meer, zoals het bizarre alibi, de wijze waarop de verdachte zijn handeling heeft willen verdoezelen, zijn gedrag gedurende het proces, zijn afwijzing van advocaten, zijn taalgebruik en gedrag ter zitting, zijn beroep op overmacht, de informatie van deskundigen, en van derden en ‘de talrijke aanwijzingen voor een stoornis’. Bestond er gebrek aan interesse in de persoon van de verdachte, zoals Franken veronderstelt, of beschikte het Hof eenvoudig niet over de vereiste creativiteit, of, derde optie, is hier sprake van ver doorgevoerd instrumentalisme, waar Mooij zo voor heeft gewaarschuwd?¹⁰¹

Thans de rol van de deskundige. Kan in deze zaak worden gesproken van de wettelijk vereiste volharding, zelfs uiterste inspanning¹⁰² om de rechter voor te lichten? Ik zal moeten volstaan met het opwerpen van deze vraag, aangezien ik van het PBC-rapport geen kennis heb genomen en ik ook niet deskundig zou zijn het rapport te beoordelen. Vast staat dat het PBC weinig of geen ingang had bij de verdachte. Het is dus de vraag of het meer had kunnen doen dan het opmerken dat er talrijke aanwijzingen voor een stoornis bestonden. Een oordeel of advies op basis van een milieuonderzoek is echter niet gegeven, zo leid ik uit vonnis en arrest af. De advisering door het PBC getuigt van grote voorzichtigheid, die - gelet op de belangen die op het spel stonden - wellicht achteraf moet worden betreurd. Het is daarom aan te bevelen dat in de gedachtevorming van het NIFP over het toekomstige beleid inzake de moeilijk observeerbare verdachten ook rekening wordt gehouden met het huidige punitievere strafklimaat.

De strafmotivering: het verbazingscriterium

Nu de optie van oplegging van TBS afviel, resteerde gevangenisstraf. Ook de motivering van de straf is een kwestie die geheel aan de rechter is die over de feiten oordeelt. De Hoge Raad grijpt alleen in als de ernst van het feit en de opgelegde straf niet meer in redelijke verhouding tot elkaar staan, of populair gezegd: als de opgelegde straf in verhouding tot het bewezenverklaarde feit verbazing wekt.¹⁰³ Het Hof motiveerde zijn keuze voor de levenslange straf behalve met de ernst van het feit ook met het gevaar voor recidive. Het verwees naar de weigering van Juliën om inzicht te geven in zijn beweegredenen, zijn gebrek aan mededogen met het slachtoffer en diens nabestaanden en stelde vast dat ‘het ervoor gehouden moet worden dat verdachte in staat is nogmaals een dergelijk feit te begaan’ omdat ‘het volstrekt onduidelijk is waarom hij tot deze daad was gekomen’. Het Hof verwees daarbij naar het door de psychiater vastgestelde recidivegevaar.¹⁰⁴ Het verbazingscriterium toegepast op deze zaak levert niet direct een handvat om in te grijpen. De opgelegde straf is weliswaar uitzonderlijk zwaar en gelet op de leeftijd van de verdachte zonder meer ‘extreem’ te noemen. De levenslange gevangenisstraf is per 1 februari 2008 expliciet uitgesloten voor strafrechtelijk minderjarigen, dus kinderen tot en met zeventien jaar,¹⁰⁵ maar Juliën was ‘al’ 22 ten tijde

¹⁰¹ Mooij 1995 p. 29 en 2000, p. 23.

¹⁰² Vergelijk Van de Pol 1993, p. 107.

¹⁰³ Gold Flake-arrest, HR 25 februari 1947, *NJ* 1947, 161, m.n. WP.

¹⁰⁴ Gerechtshof onder I.3 jo. I.2.

¹⁰⁵ Art. 77b lid 2 Sr, in werking getreden op 1 februari 2008, *S.* 2008, 24

van het delict en zij mocht dus worden opgelegd.¹⁰⁶ De straf kan in zijn geval gelet op de gemiddelde leeftijd van mannen (78 jaar)¹⁰⁷ nog 55 jaar - en langer - duren. Dit moet het Hof zich hebben gerealiseerd. Maar zelfs zo bekeken, kan niet zonder meer worden gezegd dat de oplegging van deze straf vanwege de zwaarte onbegrijpelijk is. Het delict is immers uitzonderlijk ernstig en het gevaar voor herhaling volgens het Hof groot. Wel is het zo dat in andere gevallen waarin een levenslange straf werd opgelegd de straf pas volgde nadat de verdachte zich meermalen tot een ernstig levensdelict in staat had getoond. Daarvan is hier geen sprake. Voorts is het zo dat in gevallen van zeer gruwelijke doding, uit kille berekening gepleegd, niet steeds levenslang wordt opgelegd. Ik verwijs naar het Zoetermeerse gezinsdrama c.q. Poolse vriendin¹⁰⁸ en de Zoetermeerse hotelmoord.¹⁰⁹ Eerder heb ik eens betoogd dat in geval van een gezins- of familiedrama de rechter minder snel geneigd lijkt te zijn tot het opleggen van een levenslange straf.¹¹⁰ Deze these kan wellicht worden genuanceerd en worden verruimd tot 'relationele' afrekeningen in het algemeen. Een vergelijking met een arrest van hetzelfde Hof, bestaande uit dezelfde voorzitter en een zelfde bijzitter, een maand later uitgesproken,¹¹¹ vormt voor deze bijstelling de aanleiding. In dat arrest wordt uiteengezet waarom het Hof aan de verdachte juist geen levenslange straf oplegt, hoewel die straf was gevorderd.¹¹² De zaak betrof de uitvoering van een eerder geuit dreigement om 'de zaak anders op te lossen' als het slachtoffer zijn schuld aan de verdachte niet betaalde. Voor de ogen van een niets vermoedende getuige die bij het gesprek tussen dader en slachtoffer aanwezig was, schoot de verdachte een aantal malen op het slachtoffer, ook nog nadat deze was geraakt en hem had gesmeekt te stoppen.¹¹³ Het Hof motiveerde de straf (van achttien jaar) met onder meer de overweging dat het risico dat de verdachte opnieuw een levensdelict zou plegen niet zodanig groot werd geacht dat dit dwong tot een levenslange beveiliging van de maatschappij tegen verdachte. Het Hof legde aan zijn beslissing de overweging ten grondslag dat het vermoorden van het slachtoffer zich had afgespeeld 'in de zakelijke sfeer' en ging over een meningsverschil 'over de financiële verplichtingen' en 'in zoverre situationeel' was bepaald. Het Hof vervolgt dan met de woorden: 'Er zijn geen aanwijzingen dat verdachte op enig moment volstrekt willekeurig een ander zou doden.'¹¹⁴ In de ogen van het Hof was hier sprake van een heel ander geval dan dat van

¹⁰⁶ Volgens een persbericht zou Juliën de jongste zijn die deze straf opgelegd kreeg, namelijk 23. Dat is niet helemaal juist. Renato Z. Rechtbank Dordrecht, 17 april 2007, *LJN* BA3403, was ook 23 evenals Frenky P., de gedoodverfde leider van de 'Bende van Venlo' (niet gepubliceerd; zie echter het arrest tegen één van de mededaders: Gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 26 april 1996; een herzieningsverzoek is op 10 juni 2003 door de HR afgewezen, *LJN*: AF9724). Hans van Z. was 26, Mohammed B. 27 jaar oud toen de straf werd opgelegd. De straf van Renato Z. is inmiddels gewijzigd in achttien jaar, Gerechtshof 's-Gravenhage 29 april 2008, *LJN* BD0707.

¹⁰⁷ *NRC*, 28 juli 2008, 'Man leeft langer door warm weer'.

¹⁰⁸ Gerechtshof 's-Gravenhage, 13 april 2007, *LJN* BA2902 (Zoetermeers gezinsdrama/ Poolse vriendin).

¹⁰⁹ Gerechtshof 's-Gravenhage, 15 juli 2008, *LJN* BD7249 (Zoetermeerse hotelmoord).

¹¹⁰ Van Hattum 2006.

¹¹¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 21 maart 2008, *LJN* BC7360.

¹¹² De eis in eerste aanleg was zestien jaar, de opgelegde straf 20 jaar; de eis in hoger beroep 20 jaar en tbs óf levenslange gevangenisstraf.

¹¹³ De zaak speelde zich af in de bouwwereld en zou te maken hebben met een daar heersende prijzenoorlog (www.aandachtdoetspreken.nl, 3 augustus 2008).

¹¹⁴ Deze overweging is overigens niet goed te rijmen met de tevens in het arrest opgenomen conclusies uit de rapporten van drie gedragskundigen die verklaren 'dat een behandeling de kans op recidive niet zal doen afnemen' c.q. dat 'de kans op recidive van gewelddadig gedrag aanzienlijk is'.

Juliën. De onberekenbaarheid en de volstrekte willekeur maakten kennelijk het verschil. Dus kan niet zonder meer worden gezegd dat er in vergelijking met andere gevallen onbegrijpelijk is afgeweken.¹¹⁵ Hieraan kan worden toegevoegd dat de straf die het Hof aan Juliën heeft opgelegd tegemoet kwam aan de wens van de verdachte om geen maatregel opgelegd te krijgen. In die zin is de straf te begrijpen. Minder goed verdedigbaar is de straf vanuit het perspectief van de hiervoor geschetste procesgang en de persoon van de verdachte. In dat licht is de levenslange gevangenisstraf zelfs 'niet zonder meer begrijpelijk' te noemen. In het proces heeft Juliën zich niet goed kunnen verdedigen tegen de oplegging van deze allerzwaarste straf. Hij mag dan wel 22 jaar zijn geweest toen hij het delict pleegde, alles wijst erop dat hij nog niet erg volwassen was en bovendien, dat hij niet helemaal 'spoorde'. Het is dan ook zeer de vraag of de verdachte zich bewust is geweest van het dreigende alternatief toen hij zich met hand en tand tegen de oplegging van de maatregel TBS verzette én of hij zich - vanwege een mogelijk bestaand maar niet vastgesteld ziektebeeld - van dat gevaar bewust kán zijn geweest. De straf heeft dan ook diverse deskundigen verbaasd.¹¹⁶

Conclusie

De strafzaak tegen Juliën C. laat zien dat de weigerende observandus de rechter nog steeds voor problemen stelt en hem in het huidige tijdsgewricht doet grijpen naar de levenslange straf, als middel tot beveiliging. De wettelijke waarborgen voor de verdachte om hem te beschermen tegen een al te lichtvaardige oplegging van TBS keren zich aldus tegen hem. Deze verabsolutering van de rechtsbescherming betekent inderdaad het einde van de TBS, zoals Mooij voorspelde.¹¹⁷ Tegenover deze verabsoluteerde eisen voor oplegging van de zwaarste maatregel, staat in schril contrast de geringe rechtsbescherming als het gaat om de oplegging van de allerzwaarste straf. De zaak laat tevens zien dat ons huidige sanctiearsenaal geen sanctie kent die voldoende recht doet aan alle op het spel staande belangen: de vergelding van het leed van het slachtoffer, de nabestaanden en direct betrokkenen, de bescherming van de maatschappij, het recht op een intieme levenssfeer van de verdachte én diens recht op enig toekomstperspectief en ontwikkeling. Uit de uitgebreide motivering van de straf blijkt dat het Hof niet over één nacht ijs is gegaan. Toch is de uitkomst onbevredigend. Niet alleen vanwege de geringe rechtsbescherming die de verdachte had bij de oplegging van de straf, maar voornamelijk vanwege de perspectiefloosheid van de opgelegde straf in relatie tot de persoon van de veroordeelde die naar wij mogen aannemen nog volop in ontwikkeling is.

Ik heb in deze bijdrage onderzocht of de rechter binnen de geldende kaders ook anders had kunnen beslissen en ik ben van mening dat dit met enige creativiteit van de rechter en meer vasthoudendheid van de deskundigen had gekund. De wet dient zo te worden geïnterpreteerd dat art. 37 Sr in een geval als dit de verplichting schept om nader onderzoek te vragen, aan welk verzoek de deskundige zo veel mogelijk tegemoet dient te komen. In dit geval had een milieuonderzoek mogelijk uitkomst kunnen bieden. Met een dergelijke is echter het andere probleem niet weggenomen: het probleem dat de

¹¹⁵ Duker 2003.

¹¹⁶ P. Tak in NRC Handelsblad, 27 februari 2008. W. Anker, in *De Stem* van 28 februari 2008 (artikel van F. Ligtvoet) laat weten dat de straf in dit geval uniek is, gelet op de leeftijd van de verdachte, zijn strafblad en het feit dat het gaat om een enkelvoudig delict.

¹¹⁷ Mooij 1995, p. 26.

levenslange gevangenisstraf op dit moment aan de veroordeelde elk uitzicht op invrijheidstelling onthoudt. De oplossing daarvoor moet naar mijn mening worden gezocht in wijziging van de regeling tot tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf. Binnen die tenuitvoerlegging dient een procedure te bestaan waarin na zekere tijd de noodzaak tot het onverkort vasthouden aan de beoogde levenslange detentie wordt onderzocht. Deze procedure dient bovendien met voldoende waarborgen voor een faire en onafhankelijke beoordeling te zijn omkleed. Bestond er een dergelijke regeling dan zou de opgelegde straf iets acceptabeler zijn.

Literatuur

Barendregt 2007

M. Barendregt, *Het 'weigerbeleid' van het PBC. Over het onderzoek naar verdachten die niet meewerken aan het onderzoek pro justitia*, uitgave van het wetenschappelijk bureau van het NIFP, MvJ, april 2007.

Bakker 1993

F.A.M. Bakker, 'Requiem voor de weigerende observandus', in: *Overheid en patiënt. Ontwikkelingen in de forensische psychiatrie. Liber amicorum N.W. de Smit* (ed. J.W. Fokkens e.a.), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 93-102

Van Bemmelen en Pompe 1963 I en II

J.M.van Bemmelen en W.P.J. Pompe, 'Gratie aan politieke delinquenten', *NJB* 1963, p. 11, 12 (I) en 'Gratie voor oorlogsmisdadigers', *NJB* 1963, p. 62-65 (II).

Bleichrodt 2006

F.W. Bleichrodt, *Een leven lang*, oratie RUG, Deventer: Kluwer 2006

Bleichrodt 2008

F.W. Bleichrodt, 'Rechten en Perspectief', in: *Verslag van het RSJ-congres 'De jaren tellen'*, 6 maart 2008,
<www.rsj.nl/actueel/nieuwsberichten/Congresnieuws.aspx?cp=60&cs=15850>

Duker 2003

M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting*, diss. VU 2003 (raadpleegbaar via de repository van de VU, VU-Dare)

Franken 2008

A.A. Franken, De vergeten verdachte, *Delikt en Delinkwent* 2008, afl.6/41 p. 569-577

Elzinga en Van Hattum 2006

H.K. Elzinga en W.F. van Hattum, 'Het wetsontwerp voorwaardelijke invrijheidstelling en de levenslange gevangenisstraf', *NJB* 2006, afl. 24, p. 1302-1307

Van Hattum 2005

W.F. van Hattum, 'Het irrationele van de levenslange straf. De levenslange gevangenisstraf in Nederland in het licht van de rechtspraak van het EHRM en andere

Europese ontwikkelingen', in: A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 231-257

Van Hattum 2006

W.F. van Hattum, 'De levenslange gevangenisstraf en de toevalsfactor', *Delikt en Delinkwent* 2006, afl. 7, p. 755-776

Hofstee 1989

E.J. Hofstee, *Van TBR naar TBS* Zwolle: Tjeenk Willink 1989

Hofstee 2003

E.J. Hofstee, *TBS*, Deventer: Kluwer 2003.

Kelk 1988

C. Kelk, *Gezondheidsrecht voor gedetineerden. Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht*, jaarvergadering 3 april 1988, p. 23, 24

Mooij 2000

A.W.M. Mooij, 'De verhouding tussen psychiatrie en (straf) recht', in: *Ontmoetingen, voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*, nr. 6, 2000, p.17-26

Mooij 2005

A.W.M. Mooij, 'De vraag naar de toerekeningsvatbaarheid', in: *Ontmoetingen*, nr 11, 2005, p. 7-20

Mooij 1995

A.W.M. Mooij, 'TBS en Rapportage pro Justitia. Een historische beschouwing', in: *Ontmoetingen, voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*, nr.1, p. 21-32

Meijers 1995

L.C.M. Meijers, 'Een voorlopige oplossing. Enkele notities bij de wet van 15 december 1993 (S. 1994.13)', in: *Ontmoetingen, voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*, nr.1, p. 33-38

NIFP-Beste practice 2007

Beste practice – *forensische psychologisch onderzoek en rapportage in het strafrecht voor volwassenen*, NIFP, Almere: Plantijn Casparie 2007.

[www.dji.nl/inrichtingen/ip/uploads/080312111654/bestpracticepsychologen_2008\[1\]\[1\].pdf](http://www.dji.nl/inrichtingen/ip/uploads/080312111654/bestpracticepsychologen_2008[1][1].pdf)

Van de Pol 1993

U. van de Pol, 'De weigerende observandus: een tijdelijke patstelling?', in: *Overheid en patiënt. Ontwikkelingen in de forensische psychiatrie. Liber amicorum N.W. de Smit* (ed. J.W. Fokkens e.a.), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 103-112

Oei 2005

T.I. Oei, 'Forensisch psychiatrische aspecten en de 'state of the art' van pro Justitia rapportage', *Strafblad* 2005, p. 465-487, onder 4.2.

De Roos 2005

Th.A. de Roos, De Schiedamse parkmoordzaak, *NJB* 2005/34, p. 1782-1785

Rijksen 1967

R. Rijksen, *Vijf jaar tot levenslang. Langgestraften in de gevangenis te Breda*, Alphen aan de Rijn: Samson 1967

RSJ-adviezen 2006 en 2008

RSJ, *Levenslang, perspectief op verandering*, Advies van 1 december 2006 en het Aanvullend advies van 29 april 2008

Van de Sande

L. van de Sande, 'De tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf: een paradoxale taak. Een beschouwing vanuit de praktijk van het Nederlandse gevangeniswezentitel', in: *Ontmoetingen, voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*, nr. 13, 2007, p. 39-52